Roj: **ATSJ M 221/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:221A**

Id Cendoj: **28079310012022200034**
Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **05/05/2022**
Nº de Recurso: **8/2020**
Nº de Resolución: **8/2022**
Procedimiento: **Ejecución laudo arbitral**
Ponente: **FRANCISCO JOSE GOYENA SALGADO**
Tipo de Resolución: **Auto**

FONDO DOCUMENTAL CE

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31070260

NIG: 28.079.00.2-2020/0003350

Procedimiento ASUNTO CIVIL 8/2020-Reconocimiento de Laudos o resoluciones arbitrales extranjeras 4/2020

Materia: Arbitraje

Demandante: MBA COMMUNITY LOANS PLC

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO JOSE AGUDO RUIZ

Demandado: D./Dña. Marisa

PROCURADOR D./Dña. JOSE MANUEL MERINO BRAVO

EXCMO. SR.

D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

ILMOS. SRES.

D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO

D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE

AUTO Nº 8/2022

En Madrid, a cinco de mayo de dos mil veintidós

Visto ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal de Justicia de Madrid, por el Excmo. Sr. Presidente e Ilmos. Sres. Magistrados, que figuran al margen, el presente procedimiento de SOLICITUD EXEQUATUR nº 4/2020 (ASUNTO CIVIL 8/2020).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal de Justicia de Madrid, se presentó por el procurador D. FRANCISCO JOSÉ AGUDO RUIZ, en nombre y representación de la mercantil "MBA COMMUNITY LOANS, PLC", asistida por el letrado D. DANILO RUGGIERO DI BELLA, demanda de reconocimiento de laudo o resolución arbitral extranjera (EXEQUATUR), de fecha 30 de octubre de 2019, dictado por la CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LONDRES (LONDON COURT OF INTENATIONAL ARBITRATION), en Londres (Gran Bretaña), frente a D. Marisa , **en rebeldía,** con base en los hechos y fundamentos que estimó oportunos y solicitando se

dicte resolución por la que se declare haber lugar al reconocimiento de efectos del laudo arbitral dictado por la CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LONDRES (LONDON COURT OF INTENATIONAL ARBITRATION).

SEGUNDO. - Registrada la demanda, se designó ponente, acordándose conferir traslado a la parte demandada de la demanda y documentos aportados, a fin de que en el plazo de treinta días se personara y formulara, en su caso, escrito de contestación.

Asimismo, se dio traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, que hizo las alegaciones que estimó oportunas.

TERCERO. - Por D. Marisa se presentó escrito solicitando la suspensión del plazo para contestar, al haber solicitado ante el MICAM solicitud de Asistencia Jurídica Gratuita, para la designación de Abogado y en su caso Procurador de Oficio.

Designados el procurador D. JOSÉ MANUEL MERINO BRAVO y el letrado D. FERNANDO FERMÍN MAURICIO MARTÍN MUÑIZ, se presentó escrito por el que, considerando que la pretensión es INSOSTENIBLE, se solicitaba la suspensión del plazo para presentar el correspondiente escrito.

Por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, de la Consejería de Justicia, Interior y Víctimas de la Comunidad de Madrid, se dictó resolución el 25-1-2021, por la que se Acuerda denegar el derecho de asistencia jurídica gratuita solicitado por D. Marisa , por considerar INSOSTENIBLE la pretensión que quiere hacer valer.

CUARTO. - Por D O de fecha 11 de febrero de 2021, visto el acuerdo reseñado, se alzó la suspensión del presente procedimiento y se requirió al interesado para que se personara con procurador y letrado, designados por él.

Transcurrido el plazo conferido y no comparecido en tiempo y forma, por DO de fecha 18 de marzo de 2021, se declaró en REBELDÍA a la parte demandada.

QUINTO. - Cumplimentado los trámites preceptivos se señaló para deliberación y resolución el día 4 de mayo de 2021.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco José Goyena Salgado, que expresa el parecer mayoritario de la Sala.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- El laudo cuyo reconocimiento en nuestro país se interesa por la parte demandante, acordaba lo siguiente:

I. El Tribunal tiene competencia para resolver las pretensiones reclamadas por la parte Demandante que diman (sic) del Contrato de crédito con fecha de 23 de abril de 2018;

II. La parte Demandada deberá abonar a la parte Demandante el importe de 91 021,29 USD en virtud del Contrato de préstamo del 23 de abril de 2015 a fecha de 16 de noviembre de 2018;

III. La parte Demandada deberá asumir el interés simple del 10,40 % sobre el importe de 91 021,29 USD, desde el 16 de noviembre de 2018 hasta el pago completo.

IV. La parte Demandada deberá reembolsar a la parte Demandante 92,10 GBP en concepto de gastos;

V. La parte Demandada deberá asumir la totalidad de las costas de arbitraje y deberá abonar a la parte demandante11 312,47 GBP;

VI. El resto de pretensiones serán desestimadas.

SEGUNDO.- El examen de la petición deducida ante esta Sala por la parte demandante, requiere comprobar si resultan o no cumplidos los requisitos formales que exige el *artículo* IV del Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales -aplicable por expresa referencia del art. 46.2 de la L A- que dispone que:

"1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda *:*

a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas pare su autenticidad.

b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma

de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular."

También la LCJI, 29/2015, de 30 de julio, en su artículo 54.4 a), exige que, en el proceso de exequátur, que a la demanda se acompañe el original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados.

En el presente caso, se han cumplido los citados requisitos, como cabe comprobar en las actuaciones.

Por otra parte, el Artículo V del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales de 10 de junio de 1958 establece:

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución *:*

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia; o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

a) Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje, o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

TERCERO.- En relación a los dos supuestos que se acaban de citar, por los que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, cabe señalar dos consideraciones previas:

a) El examen, por parte de esta Sala, de la cuestión litigiosa sometida al Tribunal arbitral, en la medida en que la misma dimana de un contrato formalizado entre las partes, por el que se procedió a prestar a la demandada la suma de 68.850 USD, cuya devolución reclama la parte demandante, determina que la cuestión es perfectamente arbitrable, conforme a la Ley de Arbitraje L 60/2003, de 23 de diciembre (art. 2.1).

En consecuencia, el objeto de la diferencia es susceptible de solución por vía de arbitraje.

b) En cuanto a la cohonestación del Laudo con el orden público español, sin perjuicio de lo que diremos más adelante, hay que recordar el concepto de dicha noción, que delimita la reciente doctrina del Tribunal Constitucional.

"El tribunal declara en la STC *46/2020* que "por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC *15/1987*, de 11 febrero ; *116/1988*, de 20 junio , y *54/1989*, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente" (FJ 4). El tribunal llama la atención en esta sentencia sobre el riesgo de convertir la noción de orden público "en un mero pretexto

para que el órgano judicial reexamine las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral, desnaturalizando la institución arbitral y vulnerando al final la autonomía de la voluntad de las partes. El órgano judicial no puede, con la excusa de una pretendida vulneración del orden público, revisar el fondo de un asunto sometido a arbitraje" (FJ 4)." (STC 65/2021, de 15 de marzo). En este sentido, también la STC. de la misma fecha 55/2021.

El examen de dicho principio por parte del órgano judicial, debe concentrarse, como señala la STC 17/2021, de 15 de febrero, entre otras, en "el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior."

c) Cuestión relevante, sin duda, relacionado con lo anterior y el orden público procesal, es la necesaria posibilidad de que la parte demandada pueda intervenir en el proceso, con efectiva contradicción y ejercicio de los medios de prueba que estime oportunos en defensa de sus intereses, lo que nos sitúa en el trámite del correcto emplazamiento para contestar a la demanda.

La importancia de dicho trámite ha sido destacada desde el principio de sus resoluciones por el Tribunal Constitucional.

Así, en su STC 81/1996, de 20 de mayo, señala: " Desde las primeras Sentencias hemos afirmado que este derecho implica la posibilidad de un juicio contradictorio, cuyo soporte instrumental básico es el acto procesal de comunicación, pues sin un debido emplazamiento las partes no podrían comparecer en juicio ni defender sus posiciones; asimismo hemos reiterado que este precepto constitucional contiene un mandato implícito al legislador y al intérprete para promover la defensa procesal mediante la correspondiente contradicción, lo cual lleva a exigir en lo posible, el emplazamiento personal de los demandados, y que tal emplazamiento ha de ser realizado por el órgano judicial con todo cuidado, cumpliendo las normas procesales que regulan dicha actuación a fin de asegurar la efectividad real de la comunicación (STC 157/1987).

También constituye doctrina de este Tribunal que el emplazamiento por edictos, aun sin ser en sí mismo contrario a las exigencias del art. 24.1 C.E., constituye un modo supletorio de llamada de los interesados al proceso. En consecuencia el órgano judicial debe emplear previamente todos los medios a su alcance para garantizar el emplazamiento personal (SSTC 181/1985, 222/1987, 16/1989, 236/1992, 70/1994, entre otras muchas), ya que integra el derecho a la tutela judicial efectiva el cumplimiento por los órganos judiciales de las normas reguladoras de los actos de comunicación con las partes y, en especial, los de emplazamiento (SSTC 78/1993, 129/1992, 275/1993, 227/1994, por todas), y antes de acudir a la citación o emplazamiento edictal es preciso, inexcusablemente, agotar todas aquellas modalidades "que aseguran en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación y que, en consecuencia, garanticen en mayor medida el derecho a la defensa" (SSTC 36/1987, 234/1988). Por ello en los casos en que la notificación no puede llevarse a efecto, por no hallarse el interesado, por estar ausente o ser desconocido, el órgano judicial incurrirá en vulneración del derecho de las partes a no sufrir indefensión si no cumple con la ratio esencial de las normas de emplazamiento, como es la de asegurar que el receptor de la comunicación la ha recibido fehacientemente. Por ello, no puede pasar directamente a la citación edictal, cuya eficacia de conocimiento por el citado es muy limitada, sin agotar todos los medios a su alcance de naturaleza más personal (STC 51/1994)."

En el mismo sentido la STC 121/1996, de 8 de julio, que introduce una importante modulación:

"5º) Por último, el deber de diligencia del órgano judicial no debe entenderse en términos tan amplios como para excusar la propia negligencia del destinatario de la comunicación (SSTC 80/1996, 81/1996 y 82/1996) o un comportamiento del mismo contrario a la buena fe (SSTC 78/1993, 100/1994, 227/1994, y 160/1995, por todas).

En resumidas cuentas, y a la luz de la anterior doctrina, este Tribunal deberá comprobar "tras el examen de las actuaciones y conforme a muy reiterada jurisprudencia: 1º Que la decisión fue efectivamente adoptada inaudita parte; 2º Que ello no ocurrió por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable al ahora recurrente (SSTC 112/1987, 251/1987 y 66/1988, entre otras muchas); 3º Que la ausencia de posibilidades de defensa le deparó un perjuicio real y efectivo en sus derechos e intereses legítimos (STC 367/1993, por todas); 4º Por último, y dado que la indefensión alegada nace de una defectuosa notificación, que el recurrente no tuviera conocimiento por otros medios del procedimiento contra él seguido" (STC 82/1996, fundamento jurídico 3º, párrafo último)."

CUARTO.- La aplicación de la anterior doctrina y consideraciones que hemos expuesto al caso presente, nos lleva a descartar, incluso desde una perspectiva de examen de oficio, que se hayan vulnerado derechos

fundamentales, en orden al derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, de la demandada.

No desde luego en la instancia judicial en la que nos encontramos. La parte demandada se encuentra en situación de rebeldía, postura procesal derivada de su voluntaria falta de comparecencia dentro del emplazamiento legal que se le realizó por este Tribunal, y que tiene como consecuencia la falta de alegaciones, prueba, o motivo alguno, de los previstos legalmente, para no dar lugar al reconocimiento del laudo extranjero que se plantea.

Tal como hemos señalado en los antecedentes, la demandada fue citada personalmente y emplazada en legal forma, para contestar a la demanda formulada frente a la misma, con entrega de dicho escrito y documentación correspondiente.

Suspendido el plazo para comparecer y contestar, al solicitarlo la demandada, con base en haber solicitado asistencia jurídica gratuita, y ser denegada, se reanudó el plazo, requiriendo a aquélla para que designase procurador y abogado que la representase y defendiera sus intereses, no haciéndolo, por lo que, transcurrido el plazo, se le declaró en rebeldía.

Y tampoco se advierte vulneración alguna, en cuanto a la tramitación del procedimiento arbitral, en el que la parte demandada, de igual manera, no compareció.

En principio, del examen de la documentación exigida y aportada con la demanda, no se deriva objeción alguna por contravenir los presupuestos señalados.

El Laudo, expresamente señala que: "... la parte demandada no participó en el arbitraje, a pesar de que el Tribunal la invitó en numerosas ocasiones; del mismo modo, tampoco estuvo representada mediante asistencia legal.

La parte demandada, al suscribir el contrato de préstamo, en el que se contenía la cláusula compromisaria, no podía desconocer que los conflictos que pudieran aparecer, en relación al cumplimiento del contrato, se dilucidarían ante el Tribunal de arbitraje internacional de Londres.

El Tribunal arbitral tuvo, respecto de la demandada, como domicilio, el que proporcionó: una dirección en Armenia (Artashisyan 55/13, apt. 28, 0039, Ereván, Armenia)

El Tribunal arbitral realizó las siguientes diligencias de comunicación con la parte demandada:

- 4-7-2019. El tribunal se dirigió por escrito a las partes para solicitarles la confirmación de su disponibilidad para una conferencia telefónica de procedimiento que el Tribunal deseaba celebrar el 12-7-2019 para discutir el planteamiento del arbitraje y para establecer los plazos del procedimiento.

En dicho correo electrónico, el Tribunal solicitaba la participación de la parte demandada en el arbitraje y explicaba que dicha participación no se entendería como una aceptación de la jurisdicción del Tribunal o de las pretensiones reclamadas por la parte demandante, pero ayudaría al Tribunal a tomar una decisión al respeto de las solicitudes.

No obstante, también se advirtió a la parte demandada de que, aunque el Tribunal le concedería la oportunidad de responder a las pretensiones reclamadas por la parte demandante y de participar en los procedimientos, si optase por no participar, el arbitraje continuaría.

- 9-7-2019 Puesto que la parte demandada no había respondido al correo electrónico del Tribunal del 4 de julio de 2019, el Tribunal declaró que deseaba conceder otra oportunidad a la parte demandada para participar en la conferencia telefónica de procedimiento y en el arbitraje y, por ello, la llamada se programó de nuevo para el 17 de julio de 2019. Solicitó a ambas partes que confirmasen su disponibilidad para dicho día/hora el 12 de julio de 2019 y manifestó que, de continuar sin noticias de la parte demandada, el Tribunal celebraría la conferencia telefónica de procedimiento el 17 de julio de 2019, establecería los plazos de procedimiento y el arbitraje continuaría.

- 10-7-2019. El Tribunal envió por correo una copia de toda la correspondencia intercambiada en el arbitraje desde el nombramiento del Tribunal a la dirección de la parte demandada. Asimismo, instó de nuevo a la parte demandada a participar en el arbitraje y en la conferencia telefónica de procedimiento programada para el 17 de julio de 2019. El 15 de julio de 2019 se entregaron los documentos a la parte demandada.

- 17-7.2019. El Tribunal y la parte demandante celebraron la conferencia telefónica de procedimiento.

La parte demandada no participó en la conferencia, a pesar de que el Tribunal y la parte demandante esperaron a que se pusiera en contacto cerca de 10 minutos antes de comenzar.

- 21-7-2019. El Tribunal informó a las partes de que había creado una carpeta privada en Dropbox.com para que pudieran acceder al registro electrónico de todos los documentos que formen parte de este arbitraje y les envió un enlace de acceso, así como un enlace para descargar y añadir documentos a la carpeta.

- 23-7-2019 El Tribunal envió por correo postal una copia de su OP1 y de los plazos de arbitraje a la parte demandante. La compañía de correo confirmó la entrega de los documentos a la parte demandada el 26 de julio de 2019.

- 29-8-2019. El Tribunal emitió acuse de recibo de las observaciones adicionales de la parte demandante y recordó a la parte demandada que debía contestar a la demanda antes del 23 de septiembre de 2019, en cuyo defecto el Tribunal procedería al dictamen de su laudo final. El tribunal envió por correo una copia de su recordatorio a la parte demandada el 30 de agosto de 2019 y la compañía de correo confirmó la entrega de los documentos el 4 de septiembre de 2019.

- El Tribunal advirtió que la parte demandada no había presentado documentación alguna en respuesta a las pretensiones reclamadas por la parte demandante ni observaciones adicionales antes del 23 de septiembre de 2019 o con posterioridad a dicha fecha.

Asimismo, declaró que se habían concedido a la parte demandada numerosas oportunidades para participar en los procedimientos, pero había decidido no hacerlo y, por ende, el Tribunal procedería a emitir su decisión al respecto del conflicto exclusivamente a partir de la documentación y emitiría su laudo final a su debido tiempo.

El Tribunal envió por correo postal una copia de su correo electrónico a la parte demandada el 30 de septiembre de 2019 y la compañía de correo confirmó la entrega de los documentos el 4 de octubre de 2019.

QUINTO.- Como indicábamos en el precedente fundamento, no aprecia la Sala, ni desde el examen de la actuación del Tribunal arbitral, ni desde una perspectiva de apreciación de oficio del orden público aplicable, vulneración de los derechos fundamentales, de naturaleza procesal, con el dictado del Laudo, cuyo reconocimiento se solicita.

En relación con los motivos de oposición que se contemplan en el art. V.1 del Convenio de Nueva York, no podemos olvidar que su alegación es *a instancia de parte*, y al respecto la posición de *rebeldía*, que voluntariamente adoptó la parte demandada, impide a la Sala su examen, por no alegados ni probados.

Por otra parte, y en cuanto a los motivos de oposición contemplados en el art. V.2 del Convenio de Nueva York y que podría dar lugar a una actuación de oficio de la Sala, conforme al análisis que hemos realizado en los fundamentos precedentes, tampoco se acreditan ni observan.

No hay razones para dudar de la correcta actuación del Tribunal arbitral y de que las actuaciones realizadas con las partes y en particular con la parte demandada, han tenido lugar, lo que pone de relieve, otra vez, la voluntad de la parte de no comparecer y participar activamente en el procedimiento arbitral, constando que tuvo conocimiento cabal, tanto del procedimiento arbitral y su constitución e inicio, como de la posibilidad de personarse y ejercer sus derechos de contradicción, defensa y aportación de prueba, lo que no hizo, incluso pese a las recomendaciones del propio Tribunal arbitral.

No tenemos por qué dudar de que el procedimiento arbitral, seguido ante el Tribunal arbitral internacional de Londres, se ajustó al Reglamento de dicha Corte, en materia, entre otras de comunicaciones, notificaciones y emplazamiento -- y desde luego la parte demandada, por su actitud rebelde, no lo desvirtúa--. Por ende, la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, sobre la necesidad de un emplazamiento personal, debe modularse, en la medida en que se haya realizado dicha posibilidad conforme a la mayor flexibilidad que rige en el procedimiento arbitral, conforme al citado Reglamento.

En cualquier caso, la demandada tuvo conocimiento de los hitos procedimentales necesarios, por medio de correo postal, constando -así lo afirma el tribunal arbitral-su recepción por el organismo de correo.

Procede, en consecuencia, estimar la demanda de exequatur formulada por la mercantil actora "MBA COMMUNITY LOANS, PLC".

SEXTO.- En materia de costas, conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer a la parte demandada las costas causadas en este procedimiento.

Vistos los artículos citados y de general y pertinente aplicación.

III.-PARTE DISPOSITIVA.

QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS la demanda formulada por el procurador D. FRANCISCO JOSÉ AGUDO RUIZ, en nombre y representación de la mercantil "MBA COMMUNITY LOANS, PLC" y en consecuencia

otorgar el **EXECUATUR** del Laudo arbitral extranjero de fecha 30 de octubre de 2019, dictado por la CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LONDRES (LONDON COURT OF INTENATIONAL ARBITRATION), en Londres (Gran Bretaña), en los términos que se establecen en el Laudo.

Procede hacer expresa imposición de las costas causadas en el presente procedimiento a la parte demandada.

La presente resolución es firme y no cabe interponer recurso frente a la misma.

Lo acuerdan, mandan y firman el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados que figuran al margen.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo mandado. Doy fe.

Procedimiento: Asunto Civil nº 8/2020.- Reconocimiento de Laudo Extranjero 4/2020.

Demandante: MBA COMMUNITY LOANS PCL

Procurador/a: D. Francisco José Agudo Ruiz

Demandada: Dª. Marisa

En rebeldía.

VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO

D. Jesús María Santos Vijande

Con respeto a la opinión mayoritaria, debo, no obstante, dejar constancia de mi discrepancia con un aspecto del devenir del procedimiento de esta causa y con la fundamentación y el fallo de Auto por el que reconocemos eficacia en España al Laudo de 30 de octubre de 2019, dictado por la Árbitra única Dª. Christine Artero en el procedimiento 194352, administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA). Lo hago a través de la formulación de este voto particular, *ex* art. 260 LOPJ, que sustento en las razones que expuse a la Sala el día de la deliberación de la presente causa en respuesta a los alegatos de la actora y que, a mi juicio, fundan el deber de denegar el reconocimiento del Laudo por invalidez del convenio arbitral; pero no por una invalidez cualquiera, sino por una que trae causa de la clara infracción del orden público del foro y que, por ello, ha de ser apreciada de oficio por el Tribunal *ex* art V.2.b CNY.

En efecto, reconocer la eficacia del Laudo indicado es dar por buena la radical nulidad de la emisión del consentimiento de someterse a arbitraje por la demandada, aceptando la infracción de reglas imperativas del ordenamiento patrio que inequívocamente son normas de orden público -art. 41.1.f) LA-, en tanto que reguladoras de un sector especialmente dispensado de protección -la salvaguarda de los consumidores al contratar-, resultando que tal tutela "es *indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea* " -en palabras de la STJUE en el asunto Mostaza Caro-, y máxime estando implicado en el caso *un derecho irrenunciable de la consumidora concernida* .

En este sentido, debo insistir en algo que ya he dicho en otras ocasiones y a lo que se acomoda la parte dogmática -FJ 4º- de nuestra reciente Sentencia 66/2021, de 22 de octubre -v.gr., asimismo, Voto Particular a la STSJ Madrid 31/2021, de 21 de mayo, roj STSJ M 4399/2021-: los Tribunales competentes para enjuiciar la acción de anulación o la acción de reconocimiento de eficacia de un laudo extranjero no deben convertir en quiméricas o irreales unas premisas de enjuiciamiento que, sin embargo, son invocadas con toda solemnidad no ya por esta Sala sino de un modo general: que el arbitraje, como equivalente jurisdiccional que es, no puede sustraerse a los preceptos, principios y derechos constitucionales, entre ellos los derechos fundamentales que son de inexcusable observancia y *de insoslayable control, real y efectivo* , por parte de los Tribunales de Justicia; o que el arbitraje ha de respetar el Derecho imperativo de la Unión y/o sus principios esenciales, entre ellos los de eficacia directa y primacía, así como el Derecho imperativo interno... ***Tribunales de Justicia que inconcusamente estarían infringiendo el art. 24.1 CE al conocer de la acción de anulación o de reconocimiento de un Laudo extranjero si, verbigracia, no impidiesen mediante la declaración de nulidad o la negación de su eficacia en el foro que la motivación de un Laudo dé carta de naturaleza a déficits de motivación constitucionalmente relevantes o abiertamente lesivos del orden público, pues entonces se desconoce, en la práctica, que los Tribunales han de preservar que la fundamentación de los laudos -al igual que la de los órganos jurisdiccionales- responda a su más radical finalidad: garantizar la interdicción de la arbitrariedad*** . Y tal sucede cuando se formulan grandes declaraciones de principios en pro de la efectividad y de las garantías inherentes a una institución dignísima de fomento y protección como es el arbitraje para luego, en la práctica, reducirlas a una total inoperancia: la que se sigue de justificar la suficiencia de la motivación del Laudo poco menos que por el mero hecho de su existencia, y aun de su prolija existencia, diga el Laudo lo que diga, ignorando así la conteste doctrina constitucional sobre lo que reprobadamente es una "motivación aparente" y su asimilación a la inexistencia de motivación...

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

La propia doctrina del Tribunal Constitucional -con los requisitos que en ella se contienen- anuda la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE* a la ignorancia de postulados claros bien de la normativa de la Unión -principio de primacía en conexión con el de eficacia directa-, bien de la jurisprudencia conteste del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.** ***Esa doctrina constitucional ha de ser compatibilizada con la que define -en un plano de legalidad ordinaria- el ámbito de la acción de anulación y, mutatis mutandis, el de la acción de reconocimiento de eficacia de un Laudo extranjero: no entenderlo así, excluir de raíz la verificación de que el Laudo se acomoda a la jurisprudencia que define en cada caso en qué consista el orden público, sería tanto como intentar la cuadratura del círculo . ***Sería un entendimiento maximalista y errado de la jurisprudencia constitucional, amén de generador de una insoportable inseguridad jurídica en el ámbito del arbitraje nacional e internacional desarrollado en España, estimar, v.gr., que si un Laudo infringe abiertamente la doctrina, clara y estable, del TJUE sobre las reglas estructurales de la libre competencia, de la libertad de establecimiento..., o sobre los derechos irrenunciables de los consumidores y/o de los inversores no profesionales (Directivas MiFid), no se estaría vulnerando el orden público económico de la Unión, como causa de anulación de un Laudo*** .

En esta línea de pensamiento repito ahora, pues viene al caso, lo que también he indicado a la hora de analizar lo que estimo es un entendimiento descontextualizado de la doctrina constitucional -v.gr., Voto particular a nuestra Sentencia 16/2021, de 21 de abril -roj STSJ M 4401/2021:

"En un momento dado, dice la **STC 17/2021** ' *que la acción de anulación no es un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia*'. Este aserto está emitido en un contexto muy claro: que la acción de anulación no es una nueva instancia revisora de los hechos y el Derecho aplicado por el Laudo. Pero ello en el bien entendido de que el control del orden público afecta a lo que afecta: a veces no quedará más remedio, para verificar el ámbito material y procesal del orden público -tal y como ha sido declarado por el propio TC-, que acudir a la Jurisprudencia en sentido estricto (TC, TJUE y TS) para comprobar si se ha infringido una norma o un principio imperativos, un derecho fundamental... En este punto, en verdad delicado, una cosa es la independencia de criterio del árbitro -que, como la del Juez, ha de ser respetada- y otra que ese criterio no se acomode ostensiblemente al contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental, o a la interpretación clara y conteste que del Derecho imperativo de la Unión haga el TJUE, o a la reiterada exégesis suprema de la Ley Civil, Mercantil y Procesal Civil de la Sala Primera cuando define el orden público en el ámbito que le es propio *ex* art. 123 CE, en cuyos casos ese orden público que es causa de anulación sí puede entenderse conculcado por la contravención de la doctrina jurisprudencial. Digo esto sin perjuicio de que el Árbitro justifique su criterio e incluso razone, ante una eventual acción de anulación, la procedencia de que el Tribunal llamado a conocerla suscite una cuestión prejudicial o una cuestión de inconstitucionalidad, para cuyo planteamiento el Árbitro adolece de legitimación... No entenderlo así, excluir de raíz la verificación de que el Laudo se acomoda a la jurisprudencia que define en cada caso en qué consiste el orden público, si se me permite la expresión, creo que sería tanto como intentar la cuadratura del círculo".

Qué sea o deje de ser el orden público, precisamente por su carácter imperativo, en cierto modo extraordinario y restrictivo de la libertad individual y colectiva, no puede quedar al albur de la inseguridad jurídica que derivaría de que, por el hecho de someterse arbitraje, no cupiese una aplicación y definición mínimamente unitarias de ese orden público. Para subvenir a esa necesidad están, precisamente, tanto el art. 41.1.f) LA respecto de la acción de anulación como el necesario control del respeto del orden público del foro en el seno de la acción de reconocimiento de un laudo extranjero -art. V.2.b) CNY.

Pues bien, lo diré lisa y llanamente: para el Auto del que disiento, en la práctica, en el análisis y decisión del presente caso el orden público queda reducido, no a lo que el Tribunal Constitucional dice es que, sino a una parte del denominado orden público procesal: la verificación de que en el procedimiento arbitral se han respetado garantías insoslayables de audiencia, contradicción y defensa; pero ni una sola línea dedica el Auto mayoritario a examinar, aun de oficio -tal y como demanda el CNY de 1958-, si el Laudo en cuestión infringe normas imperativas del foro patrio de inexcusable observancia en tanto que plasmación de derechos irrenunciables del consumidor; infracción de normas legales imperativas que, según la reciente jurisprudencia constitucional, entraña sin paliativos la conculcación del orden público que es causa de anulación (SSTC 17/2021, de 15 de febrero -FJ 2º- y 65/2021, de 15 de marzo, FJ 3º *in fine*).

I

Son hechos relevantes, incontrovertidos, reconocidos *ex profeso* por el Laudo y por nadie discutidos, los siguientes:

El conflicto entre las partes dimana de un contrato de préstamo de 68.850,00 USD formalizado el 23 de abril de 2015 por PRODIGY FINANCE LIMITED -posteriormente cedido a la ahora actora- a favor de la demandada, a fin de que ésta pudiese sufragar gastos de estudio en Londres. En ese contrato, se contenía, *predispuesta* , la cláusula arbitral, del siguiente tenor:

Cualesquiera conflictos que dimanen de o guarden relación con el presente Contrato, así como cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, finalización, aplicación, aplicabilidad o interpretación de esta disposición relativa al arbitraje se dirigirán y resolverán al amparo del Reglamento del Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres, que se considerará incluido por referencia en la presente cláusula, en lugar de someterse a los Tribunales de Justicia y, para ello:

(i) El número de árbitros será uno.

(ii) La sede o lugar jurídico del Arbitraje será Londres, Reino Unido.

(iii) El idioma que se utilizará en el procedimiento de arbitraje será el inglés.

Tampoco existe la menor duda de que nos hallamos ante una relación de consumo: la prestataria es una consumidora final que obtiene un préstamo de una entidad autorizada y regulada por la Autoridad Financiera del Reino Unido (FCA); el mismo Laudo reconoce que se le ha de aplicar la normativa tuitiva del consumidor del Reino Unido (Ley de Crédito al Consumidor). No hay ninguna duda de la condición de consumidora de la estudiante prestataria y de la aplicación al caso de la Directiva de la Unión y de la jurisprudencia del TJUE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (cfr., en caso análogo, ***STJUE de 17 de mayo de 2018*** en asunto C-147/2016 , Karel de Grote-Hogeschool VZW c. Susan Romy Josef Kuijpers). Más recientemente, cfr. sobre la definición de consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, la ***STJUE de 14 de febrero de 2019*** , C-6130/2017 (asunto Anika Milivojevic c. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen), que compendia los criterios de Derecho comunitario para calificar a una persona como consumidora, incidiendo en cómo la tutela especial que dispensa el Derecho de la Unión al consumidor como parte considerada más débil " *no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional*". En esta misma línea la ***STS 693/2021, de 11 de octubre, FJ 3º.2*** (roj STS 3668/2021).

La parte actora conviene (§ 72 del Laudo) y el Laudo acepta (§§ 86 y 87) que ni la cláusula arbitral ni el restante clausulado del contrato de préstamo fueron objeto de la menor negociación entre las partes.

Más allá de si esa cláusula de sumisión a arbitraje puede considerarse abusiva, o no, conforme al Derecho del Reino Unido -extremo que el Laudo argumenta §§ 90 a 102-, lo que esta Sala tenía el cometido de verificar es si el convenio arbitral así suscrito por la consumidora, a Corte Arbitral que no es de consumo -dada la gran cuantía del préstamo-, sin negociación de ninguna clase y con anterioridad al surgimiento del litigio, vulnera o no reglas imperativas de nuestro Derecho y/o del Derecho de la Unión Europea, pues, de ser así, constituiría un caso típico, particularmente evidente diría yo, de infracción del orden público del foro.

Y es que no se puede olvidar , desde el primer momento lo digo, que " *ya en los procedimientos de arbitraje en asuntos de consumo, que de por sí* ***no*** *se caracterizan, al menos de facto, por una posición de igualdad entre las partes, el Tribunal de Justicia exige un estricto control de oficio de la validez del convenio arbitral* " [§ 55 de las conclusiones de la Abogada General, Sra. Juliane Kokot, presentadas el 22 de abril de 2021 en el **asunto C-109/2020** , **República de Polonia contra PL Holdings Sàrl,** con cita de las ***Sentencias de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro*** (C-168/05 , EU:C:2006:675), apartado 39, y de ***6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones*** (C-40/08, EU:C:2009:615), apartado 59, así como el ***Auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost*** (C-76/10 , EU:C:2010:685), apartado 54 **].**

También está plenamente acreditado que Dª. Marisa , siendo citada, no intervino ni se personó en el procedimiento arbitral, y que, domiciliada en España, intentó personarse con abogado y procurador del turno de oficio solicitando el beneficio de justicia gratuita, lo que le fue denegado por la Comisión correspondiente ***no por suficiencia de recursos para litigar, sino por reputar insostenible la pretensión sin especificar*** -he de decirlo- ***las razones de esa insostenibilidad*** . Esta Sala dio la oportunidad a la Sra. Marisa de actuar en la causa con postulación y defensa de libre elección, lo que no ha tenido lugar, quizá por la acreditada insuficiencia de recursos para litigiar de quien se halla/ba en situación de desempleo.

II

La decisión del presente exequátur pasa por considerar los siguientes parámetros de enjuiciamiento:

A. Ha de estarse a los términos del Convenio de Nueva York (CNY) de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales. Convenio que para España presenta un carácter universal, ya que, como recuerda reiteradamente el Tribunal Supremo (AATS 1 Febrero 2000, 8 Feb. 2000, 11 Abril 2000 y 4 Marzo 2003), no realizó reserva alguna a lo dispuesto en su artículo 1º al adherirse al mismo por Instrumento de 12 de mayo de 1977. Dicho Convenio pretende establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o pactos de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros y no nacionales, figurando como su finalidad principal evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados parte a velar

por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales.

El sistema de homologación que establece el Convenio claramente parte de una presunción de eficacia y validez de la cláusula arbitral y de la ejecutoriedad de la resolución arbitral. En efecto, aunque el mencionado Convenio no opera un sistema de reconocimiento automático, sí parte de un principio favorable a dicho reconocimiento y ejecución, e inclusive doctrinalmente se ha indicado que instaura un sistema de homologación cuya piedra angular se encuentra en la presunción de la regularidad, validez y eficacia del acuerdo de arbitraje, y también en la presunción de la regularidad y eficacia de la sentencia arbitral, que solamente cede cuando se pruebe la concurrencia de las causas tasadas que para la denegación del reconocimiento se establecen en la Convención, pero desplazando hacia la parte frente a la que se pretende hacer valer la eficacia del laudo la carga de justificar la concurrencia del motivo o motivos que lo pudieran impedir.

Así, el Convenio sujeta la obtención del exequátur a la verificación del cumplimiento de los requisitos formales impuestos por el *art. IV*, al carácter arbitrable de la controversia (*art. V.2 a*), y al respeto al orden público (*art. V.2 b*) ***que deben ser examinados de oficio*** -, desplazando hacia la oponente la prueba de los motivos de oposición que, de forma taxativa, establece el *art. V.1 CNY*.

Los presupuestos -de carácter formal- establecidos en el *art. IV* CNY consisten en la aportación con la demanda del original o copia autenticada -legalizada o apostillada- de la resolución arbitral, así como del original o copia autenticada -en su caso, también legalizada o apostillada- del acuerdo de sumisión descrito en el *art. II*, en ambos casos acompañados de la correspondiente traducción jurada o certificada al idioma oficial del país donde se invoca la sentencia. Los demás supuestos -que deben controlarse de oficio- son que el objeto de la diferencia resuelta por vía arbitral sea susceptible de arbitraje (*art. V-2 a*) según la Ley del Estado en que se intenta la homologación, y que el reconocimiento o ejecución de la sentencia no sean contrarios *al orden público de ese país* (*art. V-2 b*), *sin alcanzar al examen del fondo del asunto, que queda al margen de la comprobación* .

Esta realidad se corresponde, dicho sea *mutatis mutandis*, con el modo en que el Tribunal de Justicia de la Unión, y con él, la Sala Primera del Tribunal Supremo interpretan la *cláusula del orden público* del artículo 34.1 del Reglamento núm. 44/2001 -hoy, art. 45.1.a) del REGLAMENTO (UE) Nº 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012, - a la hora de decidir sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil. En palabras del FJ 3º *in fine* del ATS de 14/11/2018 -roj ATS 11859/2018)

"Únicamente cabe aplicar la cláusula del orden público del artículo 34.1 del Reglamento núm. 44/2001 en el supuesto de que el reconocimiento o la ejecución de la resolución vulnere de manera inaceptable el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, por menoscabar un principio o derecho fundamental. Y para respetar la prohibición de revisión de fondo de la resolución extranjera, establecida en los artículos 36 y 45.2 del Reglamento, tal menoscabo debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento (Sentencias Krombach -asunto C-7/98 -, Renault - asunto C-38/98 -, Apostolides -asunto C-420/07 -, Trade Agency -asunto C-619/10 - y FlyLAL-Lithuanian Airlines -asunto C-302/13 -)".

Y es que, en definitiva, el procedimiento de exequátur es esencialmente de homologación (STC 132/1991, FJ 4 -aplicable, *mutatis mutandis*, pues se refiere al exequátur de resoluciones judiciales; STS 23 de enero de 2007, AATS 463/2007, 20/3/2002). Esa carácter verificador o de reconocimiento del exequátur delimita el ámbito admisible de esta acción procesal: en la medida en que con él se obtiene una resolución declarativa de la eficacia de la decisión extranjera en España, en principio con el alcance y contenido propio de los efectos que el ordenamiento de origen dispensa a dicha decisión, que de este modo pueden hacerse valer en España con dicha extensión, alcance y contenido, *sin más correcciones que las impuestas por el respeto al orden público del foro* , en esa medida, decimos, no es propio del exequatur el examen del fondo del asunto, *sin otra excepción que la que representa la salvaguardia del orden público*; a la par que se ha de deslindar este proceso de homologación, de naturaleza declarativa, aunque especial, del posterior proceso de ejecución que deba abrirse en el foro una vez reconocida la eficacia de la resolución extranjera.

Por tanto, el proceso de exequátur admite las alegaciones y excepciones relativas a su propio objeto, esto es, a la concurrencia de los presupuestos a los que en cada caso, y en función del régimen de reconocimiento aplicable, se sujeta la declaración; quedan fuera de su ámbito, en consecuencia, aquellas alegaciones y excepciones que suponen un nuevo análisis de la cuestión de fondo -con las salvedades reseñadas, verificables de oficio ex art. V.2 CNY- o que afectan a la ejecución de la sentencia o resolución ya reconocida, y que constituyen un obstáculo para que sus pronunciamientos se lleven a efecto.

B. A partir de estas premisas generales, tan reiteradas en la jurisprudencia [v.gr., entre muchos, ATSJ Catalunya de 17 de noviembre de 2011, FJ 1, (ROJ ATSJ CAT 525/2011), ATSJ Comunidad Valenciana de 10 de febrero de 2012, FFJJ 1 a 3 (ROJ ATSJ CV 19/2012) y ATSJ Madrid de 5 de noviembre de 2014 (autos de exequátur de Laudo 11/2014], procedo a continuación a analizar los concretos fundamentos teóricos de mi discrepancia con la decisión mayoritaria, es decir, el específico régimen tuitivo del consumidor vigente en nuestro ordenamiento en materia de sumisión a arbitraje, fruto de la trasposición de varias Directivas; régimen que se integra, a todas luces, por normas imperativas de inexcusable observancia, so pena de nulidad radical y de conculcación del orden público patrio.

Hay que partir de la normativa especialmente tuitiva del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como de las ***Directivas 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 199*** 3, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, ***y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011*** , sobre los derechos de los consumidores, esta última transpuesta por la Ley 3/2014. Y ello sin olvidar, pues serán elementos de interpretación nada desdeñables, lo que dispone la vigente redacción del art. 57.4 TRLGDCU y lo que a su vez establece la ***Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013*** , sobre resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, incorporada al ordenamiento jurídico español por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre.

Ante todo, cumple dejar constancia de algunos criterios jurisprudenciales que sientan criterios claros y que abocan a lo que, estimo, debió producirse: la denegación de la eficacia del Laudo en España. Y ello partiendo de la plena competencia de esta Sala en procesos como el que nos ocupa para juzgar, sin restricciones, sobre la validez o la nulidad del convenio arbitral, *siempre, claro está, que esté en juego el orden público del foro* .

La ***STS 511/2017, de 20 de septiembre*** -roj STS 3324/2017 -, dice en su FJ 1º, apartados 1 y 2:

1. La Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, no contenía un listado de cláusulas que se considerasen en todo caso abusivas, sino que en un anexo, al que se remite el art. 3.3 , recogía una lista, indicativa y no exhaustiva, de cláusulas que podían ser declaradas abusivas. A su vez, aunque la Propuesta de Directiva relativa a los derechos de los consumidores, de la Comisión Europea, de 8 de octubre de 2008, sí estableció dos anexos [Anexo II: Cláusulas contractuales que se consideran abusivas en cualquier circunstancia (que se conoció doctrinalmente como lista negra); y Anexo III: Cláusulas contractuales presuntamente abusivas (que se divulgó como lista gris)], el texto definitivo de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de Octubre de 2011, no incorporó tales anexos, sino que se limitó a modificar la Directiva 93/13/CEE y mantuvo el sistema de lista enunciativa, ***delegando en los Estados miembros la posibilidad de imponer un mayor rigor en el control de las cláusulas abusivas****.*

En nuestro derecho interno, el legislador optó por un sistema de lista única, pero no cerrada (llamado vulgarmente de lista negra), contenido en los arts. 85 a 90 TRLGCU, que establece que las cláusulas contenidas en tales preceptos tienen la consideración de abusivas en todo caso (art. 82.4). ***Este mayor rigor en el control de las cláusulas abusivas es conforme a la Directiva 93/13/CEE , por su carácter de norma de mínimos, como se desprende de su art. 8, y ha sido afirmado por la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08*** .

2.- El mencionado art. 82.4 a) TRLGCU establece que serán abusivas en todo caso las cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario...

Ya dijimos en las sentencias 214/2014, de 15 de abril, y 1/2016, de 21 de enero, que es más adecuado metodológicamente analizar si la cláusula se encuadra en alguno de los supuestos tipificados como abusivos en todo caso y solo examinar su abusividad con carácter general de manera subsidiaria".

A su vez, ***la STS 409/2017, de 27 de junio*** -roj STS 2500/2017 -, proclama (FJ 5º.3):

"El convenio arbitral es aquel que expresa la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación o ámbito jurídico, contractual o no contractual. Se trata de un negocio jurídico y, como tal, ha de ser objeto de interpretación para poder ser aplicado. Dada su naturaleza negocial y la trascendencia que tiene la voluntad de las partes de renunciar a la solución jurisdiccional de los litigios que puedan producirse respecto de determinadas cuestiones, que entronca con su justificación constitucional, tiene especial relevancia que el convenio arbitral sea el resultado de la negociación de las partes o se encuentre contenido en un contrato de adhesión, que ha sido predispuesto por una de las partes, que es la que ha escogido la solución arbitral como la más conveniente a sus intereses, y que la otra parte haya prestado su consentimiento por la adhesión a tal contrato. ***Se excepciona el caso de las cláusulas no negociadascontenidas en contratos concertados con consumidores que establezcan la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo*** *, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados*

por normas legales para un sector o un supuesto específico (art. 90.1 en relación con el 57.4, ambos TRLCU), ***que son nulas de pleno derecho, por ser abusivas*** *".*

Esta Sala en la ***Sentencia 83/2015, de 17 de noviembre*** -roj STSJ M 15473/2015 -, ha sentado algunos criterios -más recientemente reiterados en la ***Sentencia 41/2018, de 14 de noviembre*** , roj STSJ M 11440/2018 -, que, en sintonía con la doctrina jurisprudencial precitada, conviene traer a colación para la decisión del caso presente. Indicábamos entonces (FJ 2º):

"Esta Sala tiene reiteradamente dicho -v.gr., S. 64/2015, de 16/09 ROJ STSJ M 10502/2015-, en supuestos análogos al presente, que si una de las partes tuviera la cualidad de consumidor y la otra fuera un profesional sería abusiva la cláusula arbitral, por ministerio de la Ley -dado el carácter irrenunciable de los derechos atribuidos a los consumidores (art. 10 de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios , en adelante LGDCU)-, en aplicación del artículo 90.1 de la misma LGDCU , en relación al artículo 9.2 de la Ley de Arbitraje , si bien la normativa de protección de los consumidores es específica, respecto de la prevista en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, dado el ámbito subjetivo de esta última -el adherente puede ser también un profesional (art. 3 LCGC).

En efecto, el artículo 90.1 de la LGDCU , al regular como norma especial -respecto de la cláusula general del art. 82.1 LGDCU - las cláusulas abusivas sobre competencia, considera así, como abusivas, las cláusulas contractuales que establezcan la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico: un pacto semejante de sumisión que no sea de consumo o institucional para un sector o supuesto específico es 'en todo caso', ope legis, una cláusula abusiva, sin que ello dependa, en aplicación inexcusable de la Ley, de que el contrato sea o no de adhesión -art. 82.4.f) TRLGDCU.

El recto entendimiento de este art. 90.1 LGDCU pasa por la consideración de lo que dispone el artículo 57.4 de la misma Ley -en su redacción vigente hasta la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo-, que limita la posibilidad de establecer convenios de sumisión a arbitrajes distintos del de consumo a que se pacten una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico, sancionando con nulidad los convenios de arbitraje pactados contraviniendo esa disposición. ***En el bien entendido de que ese pacto de arbitraje distinto del de consumo, una vez surgida la controversia, había de ser negociado individualmente y/o consentido expresamente y no entrañar un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor ex art. 82.1 LGDCU*** *.*

En el momento presente, vigente en los términos expuestos el art. 90.1 LGDCU , el referido art. 57.4 -en vigor desde el 29 de marzo de 2014- proclama, con carácter más general que en su precedente redacción -sin diferenciar tipos de convenio arbitral-, que " ***no serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto****". Este artículo 57.4, cuando prevé como efecto la no vinculación del convenio a voluntad del consumidor - pero permitiendo la sumisión antes del surgimiento de la controversia- ha de entenderse conciliable con el efecto de nulidad radical que establece el art. 83 LGDCU para el caso de que la sumisión a arbitraje resulte ser una cláusula abusiva (art. 90.1 LGDCU). El carácter más tuitivo de esta norma es coherente con el hecho de que, a través de esta Ley 3/2014, y de las modificaciones legislativas que supone,* ***se transpone a nuestro Derecho nacional la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo****, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores,* ***por la cual se busca impulsar la protección del consumidor y usuario a nivel europeo y consolidar un mercado interior común europeo reforzando la seguridad jurídica de empresarios y consumidores*** *, armonizando las legislaciones de consumidores de los Estados miembros de la UE. Esta Ley 3/2014 entró en vigor el día 29 de marzo (DF 13 ª); ahora bien, de conformidad con lo previsto en su DT única, sus disposiciones serán de aplicación a los contratos con consumidores y usuarios que se celebren a partir del 13 de junio de 2014. Dicho sea a mayor abundamiento, por tanto, lo que respecta a la redacción vigente del art. 57.4, pues no es aplicable al contrato que da pie a las presentes actuaciones".*

Cfr., en la misma línea, el FJ 3º de la ***STSJ Cataluña de 8 de junio de 2017*** -roj STSJ CAT 4302/2017 - .

Y añadíamos en el FJ 3º de la Sentencia 83/2015 las siguientes consideraciones -aunque en el presente caso no se discute la radical inexistencia de negociación de la cláusula de sumisión a arbitraje:

"...el art. 82,2, 2º inciso TRLGDCU claramente establece que ' *el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba*'. No está de más, en este punto, traer a colación las siguientes palabras de la ***STS, 1ª, 265/2015, de 22 de abril*** (roj STS 1723/2015 -FJ 2):

'Para que una cláusula de un contrato concertado con un consumidor pueda considerarse 'no negociada' y por tanto le sea aplicable la Directiva 1993/13/CEE y la normativa nacional que la desarrolla (en particular, la

Ley y posteriormente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), basta con que esté predispuesta e impuesta, *en el sentido de que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional o empresario* . Tales requisitos se recogen en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CE cuando establece que ' ***se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión*** '".

(...)

Y es que, como señala la precitada STS 265/2015, *no se puede confundir la libre emisión del consentimiento con la previa existencia de negociación individualizada del contenido del contrato* (FJ 2 *in fine*). Si a quien asiste la carga de probar la negociación no subviene adecuadamente a ella,' ***la alegación de que ha existido negociación es solo una fórmula retórica carente de contenido real, y supone identificar contratación voluntaria y prestación de consentimiento libre... con negociación contractual. Tal ecuación no es correcta*** ' (FJ 3 STS 265/2015)". Los énfasis son nuestros.

Definitivamente, nuestro orden público interno no permite conformar un convenio arbitral entre un consumidor y un empresario como el que el Laudo que se reconoce da por bueno: el convenio ha de ser aceptado expresamente por el consumidor quien ha de tener la debida información previa sobre su carácter vinculante, ha de poder influir sobre su contenido y éste no ha de entrañar un desequilibrio importante en su perjuicio...

Y ello con mayor razón, *a fortiori*, cuando, como sucede en el presente caso, no nos hallamos ante un arbitraje de consumo, ni, sustanciado ante un órgano -la Corte de Arbitraje de Londres- creado por una norma legal para sustanciar arbitrajes en un sector o supuesto específicos... Digo esto porque, como ya he apuntado, la vigente redacción del art. 57.4 TRLGDCU exige que, incluso en los arbitrajes de consumo, el consentimiento del consumidor lo sea con posterioridad al surgimiento del litigio...

La anterior conclusión, que se sustenta en el TRLDCU, en el art. 3 de la Directiva 1993/13/CEE y en la doctrina jurisprudencial precitada, se ve también corroborada por la tantas veces mencionada Sentencia del TJUE de 26 de octubre de 2006 - asunto C-168/05, Mostaza Caro, ECLI: EU:C:2006:675-

Como esta Sala ha dicho en la Sentencia 83/2015, basta considerar el criterio, clara y expresamente formulado por el TJUE, de que incluso aunque el consumidor no hubiera denunciado en el propio procedimiento arbitral la nulidad, por abusiva, de la cláusula arbitral -como es aquí el caso-, dicha nulidad sería apreciable por el Tribunal al resolver la demanda de anulación. En los propios términos de la *declaración final* de la STJUE de 26 de octubre de 2006:

" *La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación* **".**

Declaración final que trae causa, de reflexiones previas, entre las que cabe destacar las siguientes:

25 El sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I- 4941, apartado 25).

26 Esta situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 27).

27 A la luz de estos principios, ***el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores*** (sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 28, y de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C- 473/00, Rec. p. I-10875, apartado 32).

28 Esta facultad reconocida al juez se ha considerado necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva, habida cuenta en particular del riesgo no desdeñable de que éste ignore sus derechos o encuentre

dificultades para ejercitarlos (sentencias, antes citadas, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, apartado 26, y Cofidis, apartado 33).

29 De esta forma, ***la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos*** (sentencia Cofidis, antes citada, apartado 34).

30 En estas circunstancias, el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva que, como se ha recordado en el apartado 27 de la presente sentencia, exige a los Estados miembros establecer que los consumidores no queden vinculados por las cláusulas abusivas, no podría alcanzarse si el órgano jurisdiccional que conoce de un recurso de anulación dirigido contra un laudo arbitral no estuviera facultado para apreciar la nulidad de dicho laudo, debido únicamente a que el consumidor no ha invocado la nulidad del convenio arbitral en el marco del procedimiento de arbitraje.

31 De ese modo, tal omisión por parte del consumidor no podría, en ningún caso, quedar compensada mediante la acción de sujetos que son terceros en relación con el contrato. En definitiva, resultaría menoscabado el sistema de protección especial establecido por la Directiva.

32 La normativa española ha evolucionado precisamente en este sentido. En efecto, aunque no sea aplicable al litigio principal, no carece de interés señalar que la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE nº 309, de 26 de diciembre de 2003), ya no exige que la oposición al arbitraje basada, en particular, en la nulidad del convenio arbitral se formule simultáneamente a la presentación por las partes de sus respectivas pretensiones iniciales.

(...)

35 El Tribunal de Justicia ya ha declarado que, ***en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de de las normas comunitarias de este tipo*** (véase, en este sentido, la sentencia Eco Swiss, antes citada, apartado 37).

36 La importancia de la protección de los consumidores ha conducido en particular al legislador comunitario a establecer, en el ***artículo 6, apartado 1, de la Directiva*** , que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional "no vincularán al consumidor". Se trata de una ***disposición imperativa*** que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

37 Por otra parte, ***la Directiva, que tiene por objeto fortalecer la protección de los consumidores*** , ***constituye, conforme al artículo 3 CE , apartado 1, letra t), una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad*** , especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (véase, por analogía, en relación con el artículo 81 CE, la sentencia Eco Swiss, antes citada, apartado 36).

38 Además, la naturaleza y la ***importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva*** otorga a los consumidores justifican que ***el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual*** y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

Los énfasis son míos.

Es criterio conteste del TJUE aquel que obliga a que el Juez nacional -aun sin alegación de las partes- realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen del procedimiento o fase en que se suscite, siempre y cuando se respeten los principios de audiencia y contradicción (***SSTJUE de 9 de noviembre de 2010*** - VB Pénzügyi Lízing - apartado 56; ***de 14 de junio 2012*** - Banco Español de Crédito S.A. - apartado 44; ***de 21 de febrero de 2013*** - Banif Plus Bank Zrt - apartado 24; ***y de 14 marzo 2013*** - Mohamed Aziz - apartado 4). En el mismo sentido la jurisprudencia supra citada Sentencia Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615), apartado 59, así como el Auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost (C-76/10, EU:C:2010:685), apartado 54.

Por lo demás, es evidente que estos postulados son perfectamente aplicables a los procedimientos de reconocimiento de laudos extranjeros, visto el tenor del art. V.2.b) CNY y dado el indudable carácter imperativo de las normas implicadas expresamente declarado por el TJUE (§ 36 Sentencia en el asunto Mostaza Caro),

cuya infracción, *nemine discrepante*, entraña a su vez una inequívoca vulneración del orden público del foro - así lo afirma, sin distingos ni matices, recientemente, v.gr., la ***STC 17/2021, de 15 de febrero , FJ 2º*** .

También corrobora la conclusión que estoy defendiendo la nueva redacción del art. 57.4 TRLGDCU y su interpretación contextual con el Derecho de la Unión, y de modo particular, con el art. 10 de la ***Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013*** , relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, incorporada al ordenamiento español por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre.

El art. 57.4 TRLGDCU, en su texto original anterior a la Ley 3/2014, decía:

Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico.

Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente serán nulos.

Su redacción vigente, en transposición de la Directiva ***2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011*** , sobre los derechos de los consumidores, se limita a decir:

No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto *. La suscripción de dicho convenio, tendrá para el empresario la consideración de aceptación del arbitraje para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables.*

El vigente art. 57.4 tiene un sentido inequívoco: privar de cualquier eficacia obligatoria para el consumidor su sumisión a arbitraje antes de surgir el conflicto, incluso aunque la aceptación del arbitraje lo fuera a un arbitraje de consumo o institucional legalmente autorizado. Criterio que no hace sino corroborar, de forma inequívoca, la necesidad de que la emisión válida de voluntad de sumisión a arbitraje se produzca con posterioridad al surgimiento del litigio.

Pues bien, llama poderosamente la atención cómo la Ley 3/2014, al dar nueva redacción al art. 57.4 TRLGDCU, utiliza una expresión prácticamente idéntica a la del art. 10 de la ***Directiva 2013/11/UE , de 21 de mayo*** , que dice:

1. Los Estados miembros velarán por que un acuerdo entre el consumidor y el comerciante de someter una reclamación a la apreciación de una entidad de resolución alternativa ***no sea vinculante para el consumidor cuando se haya celebrado antes de que surgiera el litigio*** y cuando tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución judicial del litigio.

2. Los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos de resolución alternativa que tengan por objeto resolver el litigio mediante la imposición de una solución, únicamente se dé a la solución carácter vinculante para las partes cuando estas hayan sido informadas con antelación de dicho carácter vinculante ***y lo hayan aceptado expresamente*** . Si las soluciones son vinculantes para el comerciante con arreglo a la normativa nacional, no se exigirá la aceptación del comerciante para cada caso concreto.

Esta Directiva se transpone por la Ley 7/2017, cuyo art. 15 proclama:

1. No serán vinculantes para el consumidor los acuerdos suscritos antes del surgimiento de un litigio entre un consumidor y un empresario con objeto de someterse a un procedimiento con resultado vinculante.

2. Para el empresario el acuerdo celebrado antes del surgimiento del litigio será vinculante si reúne las condiciones de validez exigidas por la normativa aplicable a dicho acuerdo. Este acuerdo no será necesario cuando el empresario se encuentre obligado, por ley o por su adhesión previa, a participar en dicho procedimiento.

3. El sometimiento del consumidor y del empresario al procedimiento ante una entidad de resolución alternativa de litigios de consumo cuya decisión sea vinculante requerirá, junto a la existencia de un acuerdo posterior al surgimiento del litigio, que en el momento de la prestación del consentimiento las partes sean informadas de que la decisión tendrá carácter vinculante, y de si la misma les impide acudir a la vía judicial, debiendo constar por escrito, o por otro medio equivalente, su aceptación expresa. Esta garantía de consentimiento informado no será de aplicación al empresario cuando se encuentre obligado, por ley o por su adhesión previa, a participar en dicho procedimiento.

Es innegable la virtualidad de esa Directiva de 2013, como un elemento más de interpretación del nuevo art. 57.4 añadido a la dicción expresa, v.gr., de los arts. 82 y 90 TRLGDCU y de los arts. 3 y 6 de la Directiva 1993/13/CEE : el consentimiento ex ante del consumidor nunca es posible, aun a arbitraje de consumo,

requiriéndose con posterioridad al surgimiento del litigio una aceptación expresa del propio consumidor. Y esa aceptación expresa, incompatible con la tácita sumisión, ha de ser, además, negociación individualizada cuando estamos en presencia de un arbitraje que no es de consumo.

III

Concluyo: la tesis mantenida por el Auto mayoritario conduce a un resultado que no puedo compartir: eliminar la aceptación y la negociación expresas del convenio por el consumidor, y máxime en virtud de un pacto a arbitraje que no es de consumo y efectuado con anterioridad al surgimiento del litigio; convenio arbitral que es *per se* abusivo ex art. 90.1 TRLGDCU, frente a las garantías y requisitos que ostenta cuando la sumisión es a arbitraje de consumo o a " *entidad alternativa*", bien integrada en el sistema arbitral de consumo, bien autorizada al amparo de la Directiva 2013/11/UE , de 21 de mayo y de la ley 7/2017...

En el caso presente postulo la imposibilidad de reconocer la eficacia del Laudo en España por radical invalidez del convenio arbitral y porque el Laudo trae causa de un convenio que infringe reglas imperativas que inequívocamente son normas de orden público -art. 41.1.f) LA-, en tanto que reguladoras de un sector especialmente dispensado de protección, resultando que tal tutela "es *indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea* **"** -en palabras de la STJUE en el asunto Mostaza Caro-, estando implicado en el caso *un derecho irrenunciable del consumidor -art. 10 TRLGDCU* . ***Lo relevante no es, pues, en modo alguno, si ese Convenio se acomoda al Derecho del Reino Unido, sino si, por el contrario, infringe el orden público español, que, en perfecto acomodo al Derecho de la Unión, puede contener previsiones más garantistas para el consumidor que las establecidas en otro Estado e incluso en el propio Derecho de la Unión, previsiones que indudablemente integran, en casos como el presente, el orden público material del Estado del Foro*** . En este sentido, cumple recordar las siguientes palabras del FJ 3º.3 de la ya mencionada ***STS 693/2021, de 11 de octubre*** , que cita la doctrina de la ***STJUE de 2 de abril de 2020*** :

<<Asimismo, la STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-329/19 (relativa a una comunidad de propietarios) afirmó que la Directiva no se opone a que los Estados miembros:

"pueden aplicar disposiciones de esa Directiva a sectores no incluidos en su ámbito de aplicación (véase, por analogía, la sentencia de 12 de julio de 2012, SC Volksbank România, C-602/10, EU:C:2012:443, apartado 40), siempre que esa interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales garantice un nivel de protección más elevado a los consumidores y no contravenga las disposiciones de los Tratados".

Es por ello que nuestra legislación de consumidores, ya desde la Ley de 1984, ha ampliado el concepto de consumidor a las personas jurídicas, siempre y cuando actúen sin ánimo de lucro>>.

El criterio mayoritario no explica, teniendo la carga de hacerlo, por qué el Laudo cuestionado no infringe inequívocas normas que definen el orden público material de España en materia de protección de consumidores; y digo teniendo la carga de hacerlo porque esa conculcación de normas imperativas se produce de un modo palmario, apreciable *prima facie* de acuerdo con el propio relato fáctico del Laudo. En lugar de esa explicación, nuestro Auto de reconocimiento se remite -es la *ratio decidendi* mayoritaria- a una motivación del Laudo que debería haber sido totalmente irrelevante para nuestra decisión, pues trastoca y en consecuencia obvia nuestro ámbito de control -el orden público patrio, en este caso material-, para ampararse en que el Laudo dictado en Londres se ha dictado sin lesión de garantías procesales... En la práctica se produce así una subversión del ámbito propio del art. V.2.b) CNY: la fiscalización del orden público material del Estado de foro se sustituye por una verificación formal y externa de que el Laudo dictado en el extranjero no se ha emitido con infracción de garantías procedimentales...

A lo anterior he de añadir, desde el punto de vista de la necesaria preservación del principio de audiencia, que la tesis que defiendo solo podría haberse adoptado otorgando a la parte demandante, como así sugerí, trámite de audiencia sobre la causa de denegación del reconocimiento que la Sala se planteaba de oficio.

Con respeto a la opinión mayoritaria que se plasma en el Auto, éste debió haber tenido la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS

Desestimar íntegramente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Francisco José Agudo Ruiz, en nombre y representación de **MBA COMMUNITY LOANS PCL**, y ***denegar el reconocimiento del Laudo arbitral de 30 de octubre de 2019*** , dictado en Londres en el Arbitraje nº 194352, administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA).

En Madrid, a cinco de mayo de dos mil veintidós.

Fdo. Jesús María Santos Vijande.